



Opinión Técnica sobre Decretos Legislativos que atentan contra la familia

I. Facultades dadas por el Legislativo

El 30 de setiembre de 2016 el poder legislativo concedió al ejecutivo amplias facultades para legislar en distintas materias en pro de la mejor capacidad de gobierno. Las facultades se dieron en temas económicos, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y confiabilidad en el abastecimiento de hidrocarburos; todo ello por un plazo de 90 días culminados el pasado 7 de enero del 2017.

Dentro del acápite de facultades en temas de seguridad ciudadana el ejecutivo ha dictado decretos cuyo contenido estaría excediendo las facultades. En materia de seguridad las facultades referían específicamente para:

“a) Establecer precisiones y modificaciones normativas a la legislación penal, procesal penal y de ejecución penal, en particular en lo que respecta a la tipificación de nuevos delitos o agravantes, beneficios penitenciarios y acumulación de penas, para fortalecer la lucha contra el crimen organizado, terrorismo, narcotráfico, lavado de activos, delincuencia común, inseguridad ciudadana, y afectaciones a la infraestructura, instalaciones, establecimientos y medios de transporte de hidrocarburos en el país; asimismo, modificar la legislación penal y procesal penal y de ejecución penal con el objeto de revisar la regulación vigente del delito de feminicidio y sus agravantes, la terminación anticipada y la confesión sincera, y la regulación vigente de los beneficios penitenciarios, para combatir la violencia familiar y la violencia de género, así como proteger los derechos de las mujeres, niñas y niños, y adolescentes, independientemente del vínculo de parentesco con los agresores y víctimas de dichos delitos.[...]d) Adoptar medidas de prevención social de la delincuencia y participación ciudadana, sin afectar los derechos fundamentales de la persona humana.[...]”¹

Desde el marco de tales facultades el ejecutivo ha dictado ciertos decretos legislativos cuyo contenido excede en creces a una delegación de facultades.

¹ Ley que delega en el poder ejecutivo la facultad de legislar en materia de reacción económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A. Ley N° 30506

II. Decretos LGTBI

A partir de las facultades en el ámbito de seguridad se promulgaron dos decretos legislativos que trazan una línea contraria a la institucionalidad de la familia en el Perú.

El decreto 1297, decreto legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, señala una nueva definición para el concepto de familia, en el que se pone una mayor relevancia a la condición de cohabitación, a la vez que permite la convalidación del acogimiento de hecho por parte de personas sin necesidad de vínculo alguno.

Mientras por su parte, el decreto 1323, “Decreto legislativo que tiene como fin fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género”, crea, desde la óptica de un agravante en materia penal, el delito de crímenes de odio, limitando derechos fundamentales como el de la libertad de expresión.

En este último no solo se ha limitado un derecho fundamental, sino que además, se ha legislado desde el ejecutivo sobre un tema que al postularse en el congreso no prosperó². De tal manera que es un uso desleal de las facultades otorgadas, el ejecutivo legisló de manera contraria a la que el congreso, como representante del pueblo, ha votado previamente.

III. Los Derechos Humanos como materia indelegable

Los Decretos Legislativos poseen como presupuestos habilitantes una materia específica y un plazo determinado establecidos por el Congreso en la ley autoritativa, lo que significa que no debe existir mayor margen de discrecionalidad por parte del Poder Ejecutivo o la Comisión Permanente. Sin embargo, existe la posibilidad de que el Poder Ejecutivo realice una interpretación abierta o extensiva de la ley que le delega facultades y, en este caso, se exceda en el mandato recibido. En estos casos, el Congreso debe realizar un control muy cuidadoso de las normas legisladas por el Poder Ejecutivo, siendo una obligación hacerlo, en virtud de lo establecido por la Constitución y el Reglamento del Congreso.

Uno de los controles al que se encuentra sometido los decretos legislativos, es el control de evidencia, por el cual el Congreso evaluará si el decreto legislativo dado por el Poder Ejecutivo viola o no la Constitución, tanto en el fondo como en la forma.

En este orden de ideas, es necesario anotar que la Constitución Política del Perú de 1993, no ha sido modificada para incluir como derechos humanos la orientación sexual o identidad de género y el Poder Ejecutivo no puede, mediante facultades delegadas, crear derechos humanos, o en otros términos atribuir el carácter de derechos con reconocimiento constitucional a tendencias o conductas sobre las que no ha existido un debate en el Congreso y no se encuentran reconocidas como derechos fundamentales en nuestra Constitución. Ello implica claramente una actuación en exceso de las facultades delegadas.

² Proyecto de Ley N° 106/2011-CR. “Proyecto de ley contra los crímenes de odio”. Presentado por el congresista Carlos Bruce, recibido por el congreso el 25 de agosto de 2011.

Es claro que no formaba parte de las facultades delegadas, la posibilidad del reconocimiento de derechos fundamentales no reconocidos por nuestra Carta Magna, por cuanto el artículo 104 de la Constitución Política del Perú señala que “el congreso puede delegar en el poder ejecutivo la facultad de legislar”, pero también señala que los temas indelegables a la Comisión Permanente del congreso son igualmente indelegables al ejecutivo.

Las materias indelegables, señaladas en el segundo párrafo del numeral 4 del artículo 101 de la constitución³ incluyen aquellas relativas a reforma constitucional. En tal caso, se entiende que todo tema relacionado a derechos humanos forma parte de los derechos indelegables por ser relativo a una reforma constitucional.

Esto se sigue desde una interpretación sistemática de la constitución que señala que los tratados con contenido relativo a derechos humanos requieren ser aprobados por el mismo proceso que la reforma constitucional. Haciendo un símil interpretativo al respecto de los derechos humanos en las facultades otorgadas se entiende que tal materia es indelegable.

Por su propio concepto, la discriminación constituye un fenómeno social que vulnera la los derechos humanos de las personas. Por tanto, al no encontrarse dentro de las facultades delegadas, temas referidos a derechos humanos, el Poder Ejecutivo se ha excedido en sus facultades al legislar como bienes jurídicos protegidos, la orientación sexual y la identidad de género, como si de derechos humanos.

IV. Análisis de la legalidad de los decretos

El decreto 1297, que redefine en sentido amplio el concepto de familia como “*La conformada por la madre, el padre o uno de ellos, hermanos, hermanas, tutora o tutor. Y además las personas con las que teniendo o no vínculo de parentesco, conviven o hacen vida en común.*”⁴, puede, dado su laxo contenido, oponerse a la concepción de familia reconocida en el artículo 4 de la constitución⁵.

Por lo que, afectar tal concepto implicaría una modificación a nivel constitucional, lo cual no puede ser realizado mediante un decreto legislativo, ni si quiera mediante una ley aprobada en condiciones ordinarias. La modificación constitucional requiere el cumplimiento de quórums y mayorías bastante elevados, de acuerdo con la Constitución.

³ “Los miembros de la Comisión Permanente del Congreso son elegidos por éste. Su número tiende a ser proporcional al de los representantes de cada grupo parlamentario y no excede del veinticinco por ciento del número total de congresistas. Son atribuciones de la Comisión Permanente:[...] 4. Ejercitar la delegación de facultades legislativas que el Congreso le otorgue No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.”

⁴ Artículo 3. Inciso a. Decreto Legislativo 1297

⁵ “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad [...]”

Este concepto de familia se alinea con el proyecto de ley “establece la unión civil”⁶ que actualmente se discute en la comisión de Justicia y Derechos Humanos, el mismo que redefine el concepto de familia ampliándolo hasta formar un concepto amplio y vago que no se condice con la constitución.

Es por tanto, legítimo para el Legislativo invalidar en su totalidad o en parte el decreto legislativo señalado, ya que no solo excede las facultades otorgadas al ejecutivo, sino que además supone una reforma constitucional.

Por su parte el decreto 1323, que instaura los llamados “crímenes de odio” al señalar como agravantes aquellos actos propios o mediante terceros que se pueda entender discriminen negativa o positivamente afectando a una persona por motivo de su identidad de género u orientación sexual, así como otros motivos.

Si bien el derecho a la no discriminación es aplicable a todo ser humano independientemente de sus condiciones personales, sean estas de cualquier índole, la redacción del artículo 1, en lo referente a la modificación del artículo 323 del código penal instaura una limitación al derecho fundamental a la libertad de expresión y, en cierta medida, a la libertad de religión y de conciencia.

Las libertades de conciencia, pensamiento, religión y expresión tienen implicación la necesidad de exponerse en público y no únicamente en privado, de manera que tal expresión de tales derechos corresponde a los derechos humanos. Al ser materia de Derechos Humanos las facultades otorgadas al ejecutivo no son suficientes para darle validez al mandato contenido en el decreto.

Si bien nadie puede pedir, exigir o impulsar a una persona a dañar directamente a otra, sea cual sea su condición personalísima, manifestar una opinión al respecto es parte de sus derechos fundamentales y no puede ser limitado sin una justificación de nivel constitucional.

Por otro lado, en la modificación al artículo 46 del código penal, en el cual se tipifican los agravantes de los delitos contenidos en el código, la modificación señala una agravante especial por motivo de intolerancia que incluye de igual manera el tópico identidad de género y orientación sexual. Mas, su tipificación responde a una actuación del plano subjetivo del actuante, de manera que no puede ser objetivamente medido.

Además, al ser un artículo de la parte general del código, se establecería para todos los delitos, de manera que en la práctica se brindaría una protección especial, a todo nivel, a cierto grupo privilegiado de personas.

Finalmente, este último decreto también podría ser observado por el congreso en referencia a extralimitarse en sus facultades al limitar derechos fundamentales.

⁶ Proyecto de ley N° 00718/2016-CR. Presentado el 30 de noviembre de 2016 por el grupo parlamentario Peruanos por el cambio

V. Conclusiones

- Tomando como espacio el poder delegado del legislativo, el poder ejecutivo se extralimitó en sus facultades legislando en materia constitucional y de derechos humanos.
- El decreto 1297 versa sobre materia correspondiente a reforma constitucional, por lo cual no se haya dentro de las facultades delegadas y por ende inconstitucional.
- En el decreto legislativo 1323 se limitan derechos fundamentales, materia constitucional y por ende no delegable.
- El tipo de materia contenida en los decretos legislativos señalados es materia sensible en torno a los derechos humanos y su protección integral, por lo cual correspondería ser tratada únicamente por el poder legislativo como máximo representante del poder constituyente de la nación peruana.